

Publicato il 29/03/2023

N. 03263/2023REG.PROV.COLL.

N. 08336/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8336 del 2018, proposto da *****,
rappresentata e difesa dagli avvocati Alfredo Messina, Annabella Messina, Laura
Messina, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio
eletto presso lo studio Francesco Angelini in Roma, piazza Adriana, n. 4

contro

Comune di Capaccio Paestum, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenzo Sangiovanni, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania sezione
staccata di Salerno (Sezione Seconda) n. 967/2018

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Capaccio Paestum;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 24 febbraio 2023 il Cons. Rosaria Maria Castorina;

Nessuno è presente per le parti;

Viste altresì le rispettive conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'appellante, proprietaria di un immobile con antistante porzione di giardino in cui risiede, costituente – in pianta – la metà di un piccolo fabbricato bifamiliare, premesso che il fabbricato era stato realizzato alla fine degli anni settanta, in muratura portante in blocchi di tufo, articolata in un unico piano rialzato, con copertura a tre falde, di cui la superiore poggiate su muro centrale di spina e costituita da travi e traversine di legno, espose che a distanza di quasi trent'anni dalla costruzione dell'edificio, la copertura versava ormai in stato di fatiscenza e che, per preservare l'incolumità sua e dei suoi familiari, nell'estate del 2003 aveva dovuto far sostituire il tetto, adeguandolo alla normativa sul contenimento energetico e a quella antisismica, emanata dopo il terremoto del 23 novembre 1980.

La copertura del fabbricato era stata sostituita con una struttura portante in ferro e traversi in profilati scatolari metallici, che sostenevano il manto di copertura con pannelli coibentati, di tipo prefabbricato; la nuova struttura portante, dovendo poggiare su un cordolo in calcestruzzo perimetrale, era stata posizionata nella parte inferiore della falda, ad altezza leggermente superiore, rispetto alla preesistente e la copertura era stata, poi, eseguita con un'unica falda inclinata, per conseguire la pendenza, necessaria allo smaltimento delle acque meteoriche, per cui il nuovo

locale sottotetto aveva una cubatura maggiore, rispetto alla preesistente, ma il cui incremento era, tuttavia, contenuto entro il 20% di quella complessiva preesistente ed aveva un'altezza media di mt. 2,40 circa.

Impugnava l'ordinanza n. 34 del 28 febbraio 2007, con la quale le si ingiungeva di demolire, ai sensi dell'art. 31 del d. P. R. 380/01, le seguenti opere, ritenute abusive, così descritte: - *un sopralzo ad uso civile abitazione di edificio delle dimensioni di m 10,00 x 9,00 (e) della superficie di circa mq. 90,00, eseguito sul filo della muratura esistente, con struttura in muratura portante e copertura a due falde con orditura in ferro e manto di pannelli di lamiera coibentati, il sopralzo ha altezza media interna di m 2,40. Internamente ha tramezzature a creare cinque vani completi di infissi pavimentazioni e impianti tecnologici, privi di intonaco*”, emessa sul presupposto che: a) *che la zona fosse del tutto inedificabile, perché ricadente nella fascia di rispetto della antica città di Paestum, di cui alla legge 5.3.1957, n. 220;* - b) *che le opere contestate fossero autonomamente utilizzabili e non costituissero pertinenza della costruzione principale, per caratteristiche e dimensioni, costituendo invece una nuova autonoma costruzione, destinata a civile abitazione.*

Con sentenza n. 967/2018 il T.A.R. Campania – Salerno respingeva il ricorso.

Appellata ritualmente la sentenza resisteva il Comune di Capaccio Paestum.

All'udienza del 24 febbraio 2023 la causa passava in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo l'appellante deduce *Error in iudicando* - Violazione degli artt. 7 e ss. della legge n. 241/90.

Lamenta che la sentenza impugnata aveva rigettato il primo motivo di ricorso concernente l'omessa partecipazione della ricorrente al procedimento, richiamando apoditticamente la giurisprudenza secondo cui in materia di repressione di abusi edilizi tale formalità non è dovuta per la doverosità da parte del Comune di applicazione delle relative sanzioni.

La censura non è fondata.

Al riguardo, il Giudice di primo grado ha fatto corretta applicazione del consolidato orientamento giurisprudenziale (*ex multis*, Consiglio di Stato, Ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 9; Sez. VI, 5 novembre 2018, n. 6233) in base al quale l'ordine di demolizione di un manufatto abusivo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede alcuna motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso, e tale principio non ammette deroghe neppure nell'ipotesi in cui l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso. Da ciò consegue che "*L'attività di repressione degli abusi edilizi tramite l'emissione dell'ordine di demolizione costituisce attività di natura vincolata, dove la stessa non è assistita da particolari garanzie partecipative, tanto da non ritenersi necessaria la previa comunicazione di avvio del procedimento agli interessati.*" (Consiglio di Stato sez. VI, 05/04/2022, n. 2523).

2. Con il secondo motivo deduce: *Error in iudicando* - Violazione dell'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 - Travisamento, motivazione illogica e contraddittoria, omessa valutazione di determinanti motivi di ricorso, arbitraria equiparazione fra situazioni diverse in fatto ed in diritto.

Lamenta che il T.A.R. aveva ritenuto che il nuovo sottotetto fosse abitabile anche se l'altezza media era di mq. 2,40, mentre dalla perizia asseverata depositata in atti risultava che l'altezza media era di soli mt. 2,30 e che il sottotetto era stato suddiviso ed allacciato ai servizi sottostanti al solo fine di realizzare delle pertinenze abitative per l'appartamento sottostante (lavanderia, stenditoio, stireria, deposito di derrate alimentari etc.).

3, Con il terzo motivo l'appellante deduce *Error in iudicando* - Violazione dell'art. 3 della legge n. 241/90 e dei principi generali in materia di istruttoria e motivazione

dei provvedimenti amministrativi - Violazione art. 97 Cost. - Difetto di motivazione e travisamento dei fatti - Violazione del principio di proporzionalità. Lamenta che il T.A.R. non aveva dato contezza al rilievo secondo cui il provvedimento impugnato era privo di motivazione sul punto mentre avrebbe dovuto esplicitare in maniera chiara e puntuale l'iter logico seguito dall'amministrazione comunale relativamente alle ragioni di fatto e di diritto che ne avevano determinato l'adozione, atteso che aveva definito le opere contestate quali residenziali, pur risultando dal verbale l'altezza interna della costruzione di mt. 2,40 e, cioè, di molto inferiore al minimo inderogabile consentito di mt. 2,70, altezza che poi risultava addirittura di soli mt. 2,30 secondo la perizia asseverata versata in atti.

I motivi, da esaminarsi congiuntamente devono essere disattesi.

La sostituzione del tetto di copertura con un'altra modalità costruttiva necessita di permesso di costruire quando, implicando aumento della volumetria dell'immobile, non può essere considerata alla stregua di un intervento di manutenzione straordinaria, - né è possibile giustificare l'incremento di volumetria, realizzato nel caso di specie per effetto della nuova realizzazione della copertura, ricorrendo al concetto di volume tecnico.

La nozione di "volume tecnico" non computabile nella volumetria ricorre quando non sussistano modalità alternative di costruzione non implicanti aumenti di volumetria o comunque incrementi volumetrici del tutto contenuti. In altri termini, il richiamo al concetto di volume tecnico non può giustificare qualsiasi incremento di volumetria, rispetto a quella originariamente assentita, connesso all'adozione di diverse modalità di realizzazione della copertura dell'immobile rispetto a quella del progetto originario; la realizzazione del cordolo perimetrale sovrastante le murature portanti del fabbricato, con modifiche delle altezze, costituisce modalità di realizzazione diversa da quanto progettato, rispondente ad una delle possibili

scelte costruttive e in quanto tale non riconducibile, per quanto detto, alla nozione di volume tecnico.

La natura pertinenziale del bene può essere affermata solo se vi è un oggettivo nesso funzionale tra la cosa principale e la cosa accessoria, che non può avere altra destinazione se non quella di un uso pertinenziale durevole. L'opera pertinenziale, inoltre, deve avere dimensioni ridotte rispetto all'opera principale e non deve comportare un carico urbanistico, dovendosi trattare di opere che non diano luogo a un nuovo volume, ma esclusivamente a un modesto volume tecnico.

La motivazione è assolutamente esaustiva in considerazione delle caratteristiche dell'abuso contestato, relativo al "sopralzo ad uso civile abitazione", della superficie di circa mq. 90, la presenza degli infissi in alluminio all'esterno, che corrispondono alla posa in opera degli infissi all'interno, in vista della creazione di ben cinque vani, divisi da tramezzi, dotati di pavimentazione ed impianti tecnologici), riferite nel provvedimento medesimo; l'obbligo di motivazione è stato quindi correttamente assolto.

4. Con il quarto motivo deduce *Error in iudicando* - Omessa pronuncia - Violazione dell'art. 3 della legge n° 241/90 per difetto di istruttoria e di motivazione ed indeterminatezza. Infine, il T.A.R. ha respinto il quarto motivo di ricorso con cui era stata denunciata l'inedificabilità assoluta opposta nel provvedimento del Comune mediante il richiamo alla legge n. 220/57 che non risultava operante e comunque non applicabile alla fattispecie, avendo ritenuto il T.A.R. che la reiezione degli altri tre motivi era assorbente.

La censura deve essere disattesa.

Correttamente il Giudice sul rilievo che, in ogni caso, fosse necessario il rilascio del permesso di costruire per la sopraelevazione a fini abitativi realizzata dalla ricorrente, rispetto alla cui assenza l'Amministrazione non poteva esimersi

dall'ordinarne la demolizione, ha ritenuto irrilevante la vigenza, o meno, della previsione d'inedificabilità assoluta dell'area.

L'appello deve essere conseguentemente respinto.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese processuali che liquida in €4000,00 oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Raffaello Sestini, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Laura Marzano, Consigliere

Rosaria Maria Castorina, Consigliere, Estensore L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Rosaria Maria Castorina	Marco Lipari